

# DEL TLCAN AL T-MEC: ¿PROGRESO O RETROCESO?

Francisco González de Cossío

## *¡Qué pena!*

*¡Qué pena si este camino fuera de muchísimas leguas y siempre se repitieran los mismos pueblos, las mismas ventas, los mismos rebaños, las mismas recuas!*

*¡Qué pena si esta vida nuestra tuviera —esta vida nuestra— mil años de existencia! ¿Quién la haría hasta el fin llevadera? ¿Quién la soportaría toda sin protesta? ¿Quién lee diez siglos en la Historia y no la cierra al ver las mismas cosas siempre con distinta fecha? Los mismos hombres, las mismas guerras, los mismos tiranos, las mismas cadenas, los mismos farsantes, las mismas sectas y los mismos, los mismos poetas!*

*¡Qué pena, que sea así todo siempre, siempre de la misma manera!*

León Felipe, *Nueva Antología Rota*<sup>1</sup>

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>INTRODUCCIÓN.....</b>  | <b>2</b>  |
|             | EXORDIO .....   | 2         |
| <b>II.</b>  | <b>ASPECTOS PROCESALES .....</b>  | <b>3</b>  |
|             | A. DEFINICIÓN DE “INVERSIÓN” .....  | 4         |
|             | B. <i>FORK IN THE ROAD</i> .....  | 5         |
|             | C. PRESCRIPCIÓN .....   | 7         |
|             | D. PERIODO DE ESPERA .....  | 8         |
|             | E. OTROS TEMAS .....  | 9         |
|             | 1. <i>Objeciones Preliminares</i> .....                                   | 9         |
|             | 2. <i>Amicus Curiae</i> .....   | 9         |
|             | 3. <i>Transparencia</i> .....   | 10        |
|             | 4. <i>Consolidación</i> .....   | 10        |
|             | 5. <i>Vista previa</i> .....  | 11        |
|             | 6. <i>No double-hatting</i> .....   | 11        |
|             | 7. <i>Arbitraje de inversión sólo entre México y Estados Unidos</i> ..... | 12        |
|             | 8. <i>Régimen de transición</i> .....                                     | 12        |
|             | F. CONCLUSIÓN .....   | 12        |
| <b>III.</b> | <b>ASPECTOS SUSTANTIVOS .....</b>   | <b>12</b> |
|             | A. TRATO NACIONAL .....   | 13        |
|             | B. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA .....                                   | 14        |
|             | C. TRATO MÍNIMO .....   | 15        |
|             | D. EXPROPIACIÓN .....   | 17        |
|             | 1. <i>Definición</i> .....  | 20        |
|             | 2. <i>Reiteración</i> .....   | 21        |
|             | 3. <i>Evaluación</i> .....  | 21        |
|             | E. PROTECCIÓN.....  | 22        |
|             | F. CONTRATOS DE GOBIERNO CUBERTOS.....                                    | 22        |
| <b>IV.</b>  | <b>CONCLUSIÓN .....</b>   | <b>25</b> |

<sup>1</sup> Ediciones Akal, Madrid, 2008.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá de 2019 (“T-MEC”) que sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (“TLCAN”) es un instrumento digno de comentario serio. Mucho del existente se ancla en su génesis *política* —que es lamentable. Sin embargo, siendo un instrumento *jurídico*, merece análisis *jurídico*. Debe ser en base a ello que nos formemos una opinión sobre si se trata de un instrumento que logra progreso, o procura retroceso. Esto es lo que este ensayo realizará. Al hacerlo, me centraré en el capítulo de inversión. El ejercicio no será exhaustivo, sino comparativo.<sup>2</sup>

La ruta crítica que seguiré será comenzar por los aspectos procesales (§II) para luego comparar los sustantivos (§III), con miras a llegar a una conclusión que justifique un comentario (§IV).

### EXORDIO

Hago este ejercicio en honor a mi querido maestro, Don José Luis Siqueiros, a quien creo que le interesaría que este esfuerzo ocurra por ser un especialista en la materia, por ser quien asesoró en la elaboración del TLCAN, y quién actuó como árbitro mexicano en el segundo caso en contra de México—uno que generó mucha atención y polémica. Además, en agradecimiento a su (generoso) apoyo en mis primeros pasos en esta materia. Ilustro esto último citando uno de los (varios) intercambios que sostuvimos.

El 9 de enero de 2002 recibí la siguiente carta de Don José Luis:

*Muy estimado Paco:*

*Quiero agradecerte el envío de la segunda versión de tu excelente estudio sobre el ICSID y las experiencias de México en los diferentes litigios en que ha sido Parte en el contexto de su Mecanismo Complementario.*

*Solamente tengo una observación que te invito a su reflexión. En la página 8 te refieres al Artículo 42 (1) de la Convención del ICSID como una posible razón por la cual México no se ha adherido a dicho instrumento, indicando que dicho dispositivo establece que el derecho internacional puede ser correctivo de la ley interna (del Estado receptor de la inversión). Yo no lo interpreto así. Tal precepto fija como ley aplicable al fondo aquella que las partes determinen voluntariamente y sólo en ausencia de dicho acuerdo, se aplicarán: (a) las leyes del Estado receptor y (b) aquellas normas de derecho internacional que el tribunal pudiera considerar aplicables.*

*En igual sentido está concebido el Artículo 55 (1) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.*

*Quedo a tus órdenes para cualquier duda o aclaración.*

---

<sup>2</sup> De desear abundar, *vid* González de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009.

El antecedente era el ensayo que había elaborado sobre las experiencias mexicanas en arbitraje de inversión.<sup>3</sup> Lo autoré recién regresado en 2000 de Nueva York y París donde me especialicé y dediqué al arbitraje, asesorando y representando a Estados e inversionistas en casos de inversión. La experiencia tuvo en mí un efecto profundo. Abrió mis ojos a un área apasionante, creando como resultado algo que para mí era no solo un oficio; era arte.

Deseoso de traer dichas lecciones a México comencé una senda que nunca he dejado: escribir. Conocer todos los casos y toda la literatura extranjera, derivando lecciones. Estaba (estoy) convencido que al hacerlo podría lograr muchas cosas: aprender, mejorar a mi querido país, y divertirme: me apasiona lo que hago.

El 17 de enero de 2002 contesté así a Don José Luis:

*Estimado maestro:*

*Hago referencia a su atenta carta de fecha 9 de febrero en la que me invita a reflexionar sobre la aseveración que hice en la página 8 del artículo que recientemente escribí entitulado "International Centre for Settlement of Investment Disputes. The Mexican Experience" en el sentido de que bajo el esquema ICSID el derecho internacional puede ser correctivo del derecho local.*

*He seguido su amable sugerencia cuestionando las premisas que me hicieron llegar a dicha conclusión que parece ser contraria al texto de los artículos 42 (1) del Reglamento de Arbitraje CLADI y 55 del Mecanismo Complementario y, por ende, parecería carente de fundamento e incluso hasta atrevida.*

*Después de llevar a cabo dicha evaluación, vuelvo a llegar a la misma conclusión, misma que tiene como fundamento: (1) los trabajos preparatorios del mecanismo CLADI; (2) la doctrina internacional que ha interpretado dicho dispositivo; y (3) los casos que a la fecha han tenido que ventilar dicho artículo. Haré una breve referencia de cada uno. ...*

Como puede observarse, había tomado en serio la observación de mi querido maestro. Al hacerlo, encontré que difería. Sustancié mi opinión en la carta citada.

El 21 de enero de 2002 recibí la siguiente respuesta:

*Estimado Paco:*

*Hago referencia a tu última comunicación del 17 del actual. **Creo que tienes razón.** ...*

Dicho carteo dice mucho de Don José Luis. Habla de respeto, de seriedad, de elegancia, de generosidad. Pero sobre todo, **honestidad intelectual**.

Mediante este ensayo, recuerdo, festejo y honro dicha virtud que caracterizaba a Don José Luis Siqueiros.

## II. ASPECTOS PROCESALES

---

<sup>3</sup> Francisco González de Cossío, *The Mexican Experience with Investment Arbitration*, The Journal of World Investment, ed. Werner, 2002.

## A. DEFINICIÓN DE “INVERSIÓN”

Para ser ‘inversión’ el derecho de propiedad que nace conforme al derecho local debe actualizar la hipótesis normativa de la definición de “inversión” contenida en el tratado de inversión en cuestión y, en su caso, la del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“*Convenio CLADP*”).

Veamos las definiciones que al respecto contemplan tanto el TLCAN como el T-MEC:

| TLCAN   | T-MEC   |
|---|---|
| <p><b>Artículo 1139:</b> “inversión” significa:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) una empresa;</li><li>(b) acciones de una empresa;</li><li>(c) obligaciones de una empresa: ...</li><li>(d) un préstamo a una empresa ...</li><li>(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;</li><li>(f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);</li><li>(g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y</li><li>(h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:</li></ul> <ul style="list-style-type: none"><li>(i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o</li><li>(ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;</li></ul> <p>pero inversión no significa:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:</li></ul> | <p><b>Artículo 1401:</b></p> <p><b>inversión</b> significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo. Una inversión podrá incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) una empresa;</li><li>(b) acciones, valores y otras formas de participación en el capital de una empresa;</li><li>(c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;<sup>4</sup></li><li>(d) futuros, opciones y otros derivados;</li><li>(e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;</li><li>(f) derechos de propiedad intelectual;</li><li>(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el ordenamiento jurídico de una Parte;</li><li>(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y derechos de propiedad relacionados, tales como gravámenes, hipotecas, garantías en prenda y arrendamientos</li></ul> |

<sup>4</sup> Algunas formas de deuda, tales como bonos, obligaciones y pagarés o préstamos a largo plazo, es más probable que tengan las características de una inversión, mientras que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato, es menos probable que tengan estas características.

- (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
- (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d);
- (j) cualquier otra reclamación pecuniaria;

Si se comparan, se observarán varias diferencias. Primero, la definición del TLCAN es más larga. Segundo, la definición del TLCAN sigue una aproximación inclusiva y exclusiva: *incluye* ciertos conceptos y *excluye* otros. Tercero, varios conceptos se repiten, pero con menos requisitos. Resultado: mientras que la definición de “inversión” del T-MEC es más corta, su radio de cobertura es más amplio. Menos ley que hace mejor Derecho. La nueva definición es por ende loable: abarca más y mejor el fenómeno de renunciar a ahorro presente en aras de obtener retorno futuro: la esencia de *invertir*.

#### B. FORK IN THE ROAD

El “*fork in the road*” es el término de arte que el derecho internacional de la inversión confiere a la obligación de seguir o agotar un proceso local previo a iniciar o continuar una acción internacional. Su enunciación genérica obedece a que su alcance preciso varía: existen casos particulares diversos, que fluctúan entre estrictos (una exigencia rígida de agotar todos los procesos locales) y liberales, inclusive inexistentes.

El *fork in the road* es producto de la confluencia de dos órdenes jurídicos distintos: el derecho local (‘municipal’, desde la perspectiva del derecho internacional) y el *ius gentium*, incluyendo la discusión sobre el papel de cada uno. Parte de la premisa que la existencia de pluralidad de acciones derivadas de un mismo hecho —incluyendo el potencial de doble cobro— puede generar problemas, por lo que se requiere gestión. Coordinación. El *cómo* varía, como lo muestra la comparación entre el TLCAN con el T-MEC. Las disposiciones relevantes son las siguientes:

| TLCAN  | T-MEC  |
|--|--|
| <p><b>Artículo 1121:</b><br/> <b>Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral</b></p> <p>1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si: ...</p> <p>(b) el inversionista ... renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante</p> | <p><b>Artículo 14.D.5.1(a) del Anexo 14-D:</b><br/> <b>Condiciones y Limitaciones al Consentimiento</b></p> <p>1. Ninguna reclamación será sometida a arbitraje conforme a este Anexo a menos que:</p> <p>(a) la demandante ... primero inicien un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo competente de la demandada con</p> |

un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

respecto a las medidas que presuntamente constituyen una violación ... [al T-MEC]

#### **Artículo 14.D.5.1(b) del Anexo 14-D:**

##### **Condiciones y Limitaciones al Consentimiento**

1. Ninguna reclamación será sometida a arbitraje conforme a este Anexo a menos que: ...

(b) la demandante o la empresa obtengan una decisión final de un tribunal de última instancia de la demandada o hayan transcurrido 30 meses desde la fecha en que el procedimiento a que se refiere el subpárrafo (a) haya sido iniciado

Pie de página 25: Las disposiciones de los subpárrafos (a) y (b) no aplican en la medida en que recurrir a los recursos internos fuera obviamente fútil

#### **Apéndice 3 al Anexo 14-D:**

Un inversionista de los Estados Unidos no podrá someter a arbitraje una reclamación ...

si el inversionista o la empresa, respectivamente, han alegado una violación a una obligación conforme a este Capítulo, a diferencia de una violación de otras obligaciones establecidas conforme al derecho mexicano, en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de México.

Como puede observarse, existe un cambio significativo en este tema. Mientras que el TLCAN incluía *una* norma única con *una* regla genérica, el T-MEC establece *tres* normas con tres lineamientos diversos:

- (1) La obligación de agotar recursos locales;<sup>5</sup>
- (2) La obligación de contar con una decisión final o que hayan transcurrido 30 meses, a menos que sea obviamente fútil agotar los recursos internos;<sup>6</sup>
- (3) La obligación de no-alegar en procesos locales la violación a un derecho contenido en el tratado de inversión.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Artículo 14.D.5.1(a) del Anexo 14-D del T-MEC.

<sup>6</sup> Artículo 14.D.5.1(b) del Anexo 14-D del T-MEC.

<sup>7</sup> Apéndice 3 al Anexo 14-D del T-MEC.

La diferencia de régimen ha atraído diferencias de opinión. Mientras que algunos lo aplauden, otros deploran por considerar que complica el enderezamiento de una acción internacional.

Comparto el siguiente (triple) comentario. Primero, no es evidente que ello sea criticable. Aunque admito preferencia por la regla TLCAN (pues permite una mejor gestión del problema), no debe perderse de vista que los recursos locales pueden corregir lo que de otra manera sería un delito internacional. Por ende, exigir seguirlos no es inherentemente reprochable.

Segundo, el hito y el plazo escogido no es mala idea: contar con una decisión final o que hayan transcurrido 30 meses. La experiencia enseña que el género de casos que suelen propiciar acciones internacionales son recurribles localmente por medios diversos que suelen tomar tiempo. Ante ello, la regla del TLCAN solía poner al inversionista en una situación difícil: obligarlo a demandar internacionalmente renunciando a recursos locales, no obstante que estos aún no concluían, cuando su preferencia podría ser continuar agotando recursos locales previo a enderezar la reclamación internacional.<sup>8</sup>

Tercero, el plazo del T-MEC es mayor, lo cual es sano en que permite negociar con más holgura. La regla del TLCAN tenía por efecto forzar demandar cuando posiblemente se hubiera podido negociar. Y siendo que la práctica de las autoridades competentes es que, presentada la demanda internacional, ya no se negocia, el resultado de la regla del TLCAN era *propiciar* acciones, reduciendo el éxito de una negociación, orillando a las partes a seguir un proceso internacional.

Por lo anterior, propondría que la regla del T-MEC no es tan mala como algunos dicen. (Y dicho sea de paso, la excepción sobre procesos “fútiles” es reflectiva del derecho internacional consuetudinario.)

La conclusión sobre la diferencia de opinión resumida dependerá de la epistemología que se tenga respecto de los tratados y el arbitraje de inversión. Propondría que aún y cuando uno considera que tener la opción de arbitraje de inversión siempre es valioso —como es mi caso— el tener un régimen que no lo fuerza es preferible.

### C. PRESCRIPCIÓN

El TLCAN solía establecer una prescripción de tres años.<sup>9</sup> El T-MEC establece una prescripción genérica de cuatro años<sup>10</sup> y una especial para Contratos de Gobierno Cubiertos de tres años.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Así ocurrió a este autor en un caso importante.

<sup>9</sup> Artículo 1117.2 del TLCAN.

<sup>10</sup> Artículo 14.D.5(c) del T-MEC.

<sup>11</sup> Artículo 4(b) del Anexo 14-E del T-MEC.

El incremento es atinado. No solo por el (evidente) motivo que la duración mayor de un derecho es preferible a una menor, sino también por que, entre más prescripción existe, más tiempo hay para permitir agotar recursos locales, evitando que se ‘pellizque’ una acción internacional. Lo único a lamentar es que se ha mantenido una prescripción inferior para Contratos de Gobierno Cubiertos.<sup>12</sup> De sí, ello merece un triple comentario.

Primero, mucha inversión ha ocurrido justamente en sectores cobijados por el concepto “Contratos de Gobierno Cubierto” del T-MEC. Y las disputas más serias y politizadas suelen involucrar estas materias.

Segundo, contemplar una prescripción *inferior* tendrá por efecto invitar reclamaciones internacionales cuando pudieron haber sido evitadas dando tiempo a que el sistema local remedie el ilícito internacional.

Tercero, manda un mensaje lamentable: que la inversión en México está menos protegida cuando versa sobre contratación gubernamental. Siendo que dichas materias son áreas en las que el servicio público escasea, la inversión podría colmar dicha necesidad saciando la demanda del público en general.

El régimen adoptado desincentiva inversión en áreas que haríamos bien en incentivar.

#### D. PERIODO DE ESPERA

Los tratados de inversión suelen contener periodos de espera: plazos a respetar previo a demandar, después de haber manifestado la intención de hacerlo mediante notificación. Se conocen como “*cooling-off period*”.

El TLCAN establecía un periodo de espera de seis meses,<sup>13</sup> con una notificación previa de por lo menos 90 días.<sup>14</sup> El T-MEC no establece un periodo de espera *general*, pero sí establece un periodo de espera *especial* para casos derivados de inversiones en Contratos de Gobierno Cubiertos: seis meses,<sup>15</sup> con una notificación previa de por lo menos 90 días.<sup>16</sup>

La filosofía de los periodos de espera es doble. Del lado del Estado, se alerta del problema para evitar sorpresas y para que se pueda canalizar recursos y hacer gestiones que eviten una acción internacional. Del lado del inversionista, invitar ponderación previo a entablar un acto de tal importancia —de allí que algunos lo llamen el “*cooling-off period*”.

---

<sup>12</sup> *Vid* §III.F *infra*.

<sup>13</sup> Artículo 1117 del TLCAN.

<sup>14</sup> Artículo 1119 del TLCAN.

<sup>15</sup> Artículo 4(a) del Anexo 14-E del T-MEC.

<sup>16</sup> Artículo 14.D.3.2 del Anexo 14-D del T-MEC.



No existe un cambio significativo del TLCAN al T-MEC. Salvo por el hecho que se exige periodo de espera en Contratos de Gobierno Cubiertos mas no de la inversión en otras áreas —lo cual merece el mismo comentario ya realizado respecto del mensaje que ello manda—, no puede decirse que ello implica un progreso o retroceso.

## E. OTROS TEMAS

El T-MEC contiene temas diversos adicionales que simplemente no fueron abordados por el TLCAN. Ello es fruto del desarrollo de la materia que ha tenido lugar en los últimos 25 años. Respecto de temas procesales, comentaré brevemente los más destacados.

### 1. Objeciones Preliminares

El T-MEC contempla la posibilidad de presentar objeciones preliminares en el sentido que la reclamación no es una respecto de la cual se pueda emitir un laudo o que carece manifiestamente de mérito legal. Y se contempla la posibilidad de una decisión expedita.<sup>17</sup> Aunque el paso ya era posible conforme al CIADI,<sup>18</sup> en la medida en que el arbitraje no se siguiera conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI, no existiría tal posibilidad. Por consiguiente, el paso es atinado:<sup>19</sup> confiere una herramienta procesal que permite canalizar sumariamente casos que no merecen un proceso total, con todo el costo y desgaste que ello implica.

### 2. *Amicus Curiae*

El T-MEC permite *amici*.<sup>20</sup> Ello es un gran avance. Los casos que se ventilan en arbitraje de inversión pueden suscitar externalidades. Como resultado, la voz de otros interesados (*stakeholders*) es digna de ser incluida en los procesos arbitrales. Es cierto que ello puede generar asimetrías y problemas, pero el T-MEC adopta un régimen para evitarlos, a saber:

- (1) Quien solicite la oportunidad para traer a la atención del tribunal cuestiones de hecho o derecho que estén dentro del ámbito de la controversia debe tener un ‘interés significativo’; lo que se trasmita debe asistir en la evaluación del tribunal de los argumentos de las partes; y no debe interrumpir o implicar una carga

---

<sup>17</sup> Párrafo 5 del artículo 14.D.7 del T-MEC.

<sup>18</sup> Artículo 41(6) de las Reglas de Arbitraje, Convenio CIADI.

<sup>19</sup> La utilidad del régimen conforme a los subpárrafos (a) a (d) del párrafo 4 y el párrafo 5 del artículo 14.D.7 es cuestionable, sin embargo. Son cuestiones que son mejor manejadas caso por caso por el tribunal acorde a las circunstancias. Pero tampoco parecen graves. También puede cuestionarse la utilidad de lo dispuesto en los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 14.D.7 del T-MEC.

<sup>20</sup> Párrafo 3 del Artículo 14.D.7 del T-MEC.

innecesaria al procedimiento arbitral, ni prejuzgar injustamente a las partes contendientes.

- (2) Requisitos: debe identificarse al autor, revelar cualquier afiliación (directa o indirecta) con cualquier parte contendiente, persona o entidad que haya financiado o colaborado de cualquier manera en la preparación del escrito de *amicus*.
- (3) Consulta y oportunidad razonable para comentar.

La posibilidad de presentar *amicus curiae* incrementa la probabilidad de que el fallo sea atinado y más democrático, lo cual abona a la legitimidad del arbitraje de inversión. Es por ende un gran acierto.

### 3. Transparencia

El T-MEC contiene un régimen que procura transparencia.<sup>21</sup> Exige hacer del conocimiento del público la existencia del caso, los documentos relacionados con el mismo (notificación de intención de demandar, demanda, contestación y demás escritos presentados al tribunal), minutas y transcripciones, órdenes y laudos arbitrales. También se exige que las audiencias sean públicas. A su vez, contempla un régimen de resguardo de información que debe ser protegida. El paso es por ende loable: logra el cometido —apoyado por un movimiento mundial— de propiciar transparencia.

Dicho sea de paso, la ocasión es propicia para que México se haga parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) (“*United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*”) conocida como la “Convención de Mauricio sobre la Transparencia” (“*Mauritius Convention on Transparency*”). Comunicaría que la transparencia va en serio, no es sólo una moda pasajera.

### 4. Consolidación

El T-MEC contempla la posibilidad de acumular procesos que tienen cuestiones comunes de hecho o derecho y que surgen de los mismos eventos o circunstancias.<sup>22</sup> El TLCAN también contaba con dicha posibilidad,<sup>23</sup> que fue ejercida por México en un caso: para enfrentar la saga de la fructuosa. El cambio de régimen muestra una mejora: permite que el tribunal que conozca de la consolidación instruya a un tribunal previamente establecido

---

<sup>21</sup> Artículo 14.D.8 del T-MEC.

<sup>22</sup> Artículo 14.D.12 del T-MEC.

<sup>23</sup> Artículo 1126 del TLCAN.

a que asuma jurisdicción y conozca y determine conjuntamente la totalidad de las reclamaciones.<sup>24</sup> La medida es interesante. Habrá que ver cómo funciona en la práctica.

## 5. Vista previa

El T-MEC contempla una facultad novedosa: la posibilidad de solicitar que el tribunal arbitral circule el proyecto de decisión sobre responsabilidad previo a su emisión, con miras a comentar.<sup>25</sup> La medida parece encomiable en que permite cerciorar que no exista error, así como cerciorar que se consideraron cabalmente todas las cuestiones consideradas relevantes. Habrá que ver cómo se utiliza en la práctica.

## 6. No *double-hatting*

El párrafo 5 del artículo 14.D.6 del T-MEC (Selección de Árbitros) hace varias cosas buenas:

- (1) El Presidente del tribunal se designará por las partes contendientes y le da un papel al Secretario General del CIADI en la constitución del tribunal arbitral.
- (2) Hace aplicable las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en arbitraje internacional.
- (3) Prohíbe que los árbitros tomen instrucciones referentes a la controversia de organización o gobierno alguno.<sup>26</sup>

Da un *faux pas* sin embargo: exige que los árbitros no actúen como abogado o perito o testigo de parte en ningún arbitraje pendiente conforme al T-MEC. Es decir, prohíbe *double-hatting*.

La medida es sobre-prohibitiva. Explico porqué en *Issue-conflicts: A Net Cast Too wide?*<sup>27</sup> El motivo en resumen es que el foco de atención no debe ser *actividad* sino *imparcialidad*. Mientras que lo segundo sea resguardado, lo primero se torna irrelevante. ¿Qué importa el que exista actividad en otros casos si no merma imparcialidad? Prohibirlo *in genere* es demasiado.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Párrafo 6(c) del Artículo 14.D.12 del T-MEC.

<sup>25</sup> Párrafo 11 del artículo 14.D.7 T-MEC.

<sup>26</sup> El que tenga que *expressis verbis* articularse este (éticamente deplorable) paso en forma expresa es vergonzoso. Es (sería) una violación intolerable al principio de imparcialidad.

<sup>27</sup> Francisco González de Cossío, 'Issue Conflicts: A Net Cast Too Wide?', Bahrain Chamber for Dispute Resolution *BCDR International Arbitration Review* 6, no. 1 (2019).

<sup>28</sup> Además de sobreprohibitiva, la regla es imperfecta: tolera árbitros parciales siempre que no repitan funciones. (Para entender porqué, *vid Issue Conflicts: A Net Cast Too Wide?, ob. cit.*)

La adopción de una regla sobre-prohibitiva tiene por efecto lastimar a quien dice proteger: el universo de expertos elegibles en estos casos se reduce, siendo que de sí no es amplio. Como resultado, se incrementa la posibilidad de que personas distintas a las idóneas estén decidiendo casos delicados.

## 7. Arbitraje de inversión sólo entre México y Estados Unidos

El Anexo 14-D del T-MEC rige la solución de controversias entre los Estados Parte (“Parte del Anexo”, como lo define el T-MEC) y los inversionistas de un Estado Parte (“inversionista de una Parte del Anexo”). Solo México y Estados Unidos son “Parte del Anexo”. Ello quiere decir que únicamente inversionistas de México y Estados Unidos pueden hacer uso del derecho a entablar una reclamación internacional; y si lo pueden hacer respecto de México o Estados Unidos. Aunque Canadá es parte del T-MEC, no es parte del Anexo 14-D. Por ende, sus inversionistas en otra Parte del Anexo (México o Estados Unidos) no están legitimados para entablar una acción en contra de una de esas Partes del Anexo. Los motivos no son de conocimiento público. Es de sospecharse que obedecen al proceso que dio lugar a la negociación del T-MEC. Cualquiera que sea el motivo *político*, el *jurídico* es incuestionable—y lamentable: cuentan con derechos *sustantivos* (las normas protectoras la inversión contenidas en el capítulo 14 del T-MEC) sin el derecho *adjetivo* para hacerlos valer: un absurdo jurídico, pues se traduce en un derecho imposible de hacer cumplir.

## 8. Régimen de transición

Existe un régimen de transición de reclamaciones al amparo del TLCAN. De conformidad con el Anexo 14-C, Estados Unidos y México consienten durante un plazo de tres años a partir de la conclusión del TLCAN que pueda demandarse por una violación a capítulo XI del TLCAN por inversiones que hayan tenido lugar entre el 1 de enero de 1994 y la entrada en vigor del T-MEC: “*legacy investment*” (“inversión existente”).

La medida es encomiable. Muestra respeto por derechos adquiridos.

## F. CONCLUSIÓN

En lo procesal, el T-MEC tiene mejoras respecto del TLCAN. Y el cambio consistente en el *fork in the road* más exigente admite diferencias de opinión. Para quienes el objetivo debe ser permitir entablar una acción internacional sin cortapisa alguna, el T-MEC es obstructivo. Para quienes consideran que es sano procurar que el sistema local corrija el ilícito internacional previo a recurrir a la maquinaria internacional, el régimen del T-MEC merece encomio.

## III. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Los tratados de inversión contemplan disciplinas sustantivas que hacen las veces de normas protectoras de la inversión. Promesas de comportamiento respecto de la inversión. A continuación comentaré las más importantes, poniendo énfasis en qué se observa de la transición del TLCAN al T-MEC, comenzando por cotejar el régimen. (No lo olvidemos, este ensayo es comparativo.)

#### A. TRATO NACIONAL

| TLCAN  | T-MEC  |
|--|--|
| <p><b>Artículo 1102 Trato Nacional</b></p>   | <p><b>Artículo 14.4 Trato Nacional</b></p>   |
| <p>1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.</p>   | <p>1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de trato no menos favorable que el que en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, administración, conducción, operación y venta de disposición de inversiones en su territorio.</p>                           |
| <p>2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.</p>  | <p>2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas en lo referente al establecimiento, expansión, administración, conducción, operación u otra forma de disposición de inversiones.</p> |
| <p>3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.</p>  | <p>3. El trato otorgado por una Parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno distinto del que otorga, un trato no menos favorable que el trato no otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno a los inversionistas e inversiones de inversionistas, o a la cual forma parte.</p>        |
| <p>4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o</li> <li>(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o</li> </ul> | <p>4. Para mayor certeza, si el trato es otorgado en “circunstancias similares” conforme a este artículo depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.</p>                          |

disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

El régimen es similar. La única diferencia es el párrafo 4 del artículo 14.4 del T-MEC. Y lo que hace dicha norma es *reiterar* lo que tanto el derecho internacional consuetudinario como la jurisprudencia del derecho de la inversión han establecido. Se trata por ende de una disposición *redundante*. Como veremos a lo largo de la sección sustantiva de este ensayo, ello es una constante en el T-MEC. (Ello es resultado de las críticas al arbitraje de inversión.)

## B. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

| TLCAN  | T-MEC   |
|--|---|
| <p><b>Artículo 1103 Trato Nación más favorecida</b></p> <p>1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.</p> <p>2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.</p> | <p><b>Artículo 14.5 Trato Nación más favorecida</b></p> <p>1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el trato que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.</p> <p>2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.</p> <p>3. El trato otorgado por una Parte conforme a los párrafos 1 y 2 significa, con respecto a un gobierno distinto del nivel central, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado, en circunstancias similares, por ese gobierno a los inversionistas en su territorio, y a las inversiones de aquellos inversionistas, de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte.</p> <p>4. Para mayor certeza, si el trato se otorga en “circunstancias similares” conforme a este Artículo depende de la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.</p> |

El régimen es semejante en lo relevante. No hay verdadero cambio alguno. Ello es comunicativo e interesante. Uno de los temas de debate que ha atraído críticas al arbitraje de inversión ha sido la jurisprudencia respecto del alcance de la cláusula de nación más favorecida. El debate reside en la diferencia de opinión (que ha generado un “*split*” jurisprudencial internacional) sobre si el efecto de dicha cláusula puede extenderse a cuestiones procesales, además de las sustantivas. Y algunos tratados de inversión de nuevas generaciones han respondido zanjando o eliminando la disposición. Ello genera otros problemas, como lo son dejar abierta una ranura de discriminación — la esencia de esta disposición: evitar discriminación *vis-à-vis* inversionistas de terceros países. El que el T-MEC no haya sucumbido a las tentaciones provocadas por dichas críticas es loable.

El aplauso sin embargo no se extiende a la sección de Contratos de Gobierno Cubiertos.<sup>29</sup> El pie de página 30 del T-MEC (en el contexto de Contratos de Gobierno Cubiertos) establece:

Para los efectos de este párrafo: (i) el “trato” referido en el Artículo 14.5 (Trato de Nación Más Favorecida) excluye disposiciones en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión que establecen procedimientos de solución de controversias internacionales o impongan obligaciones sustantivas; (ii) el “trato” referido en el Artículo 14.5 solo abarca medidas adoptadas o mantenidas por la otra Parte del Anexo, que para mayor claridad, podrán incluir medidas adoptadas o mantenidas en relación con la implementación de obligaciones sustantivas en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión.

Como puede observarse, el régimen aplicable a los Contratos de Gobierno Cubiertos sí responde al debate mundial sobre la cuestión del alcance de las cláusulas de nación más favorecida. Y tal parece que lo zanja: es decir, no permite “importar” disposiciones de otros tratados. Y lo hace de una manera exagerada: al referirse a “obligaciones sustantivas” en su punto (i), parece excluir de “importación” materias que el debate internacional sobre el alcance no discutía. El foco de discusión era regimen *procesal*, no *sustantivo*—mismo que se acepta que puede “importar”. Siendo que la redacción no es clara, habrá que ver qué significado y alcance se le da en la práctica a dicha disposición, particularmente ante el hecho de que, de significar que no puede importarse disposición alguna de otros tratados, surge la duda sobre qué significa la cláusula de nación más favorecida: decir, por un lado, que se promete conferir trato de nación más favorecida —lo cual significa extender el trato conferido *en otro tratado*— para luego, por otro lado, que se “excluyen disposiciones en *otros acuerdos*” podría ser una *contradictio in terminis*.

### C. TRATO MÍNIMO

---

<sup>29</sup> Régimen comentado en §III.F, *infra*.

**Artículo 1105 Trato Mínimo**

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.
3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).

**Artículo 14.6 Trato Mínimo**

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o superior al exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de proporcionar:
  - (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
  - (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.
3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.
4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.

Esta disciplina ha sido sustancialmente modificada. El sentido de la modificación merece varios comentarios. Primero, su núcleo permanece idéntico: el contenido en el primer párrafo de ambos. El que ello permanezca es significativo: esta es la disciplina más importante,<sup>30</sup> más socorrida y que ha propiciado las reclamaciones, laudos y condenas monetarias más importantes de la materia. Ello ha detonado respuesta – y no siempre madura, letrada o acertada. Ante ello, el que el T-MEC no haya caído en la tentación de mutilar su alcance es significativo.

Segundo, el párrafo 2 contiene la solución a una diferencia que existió temprano en la experiencia del TLCAN. La diferencia derivó de la duda sobre si la garantía de trato

<sup>30</sup> Su importancia es comparable a la de expropiación. Estas dos son las disciplinas más importantes en esta materia. Enuncio esto por motivos que quedarán claros más adelante en este ensayo.



mínimo es *reflectiva* de, o *aditiva* al, umbral de tutela conferido por derecho internacional público. Existían elementos para tomar ambas posturas. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una interpretación vinculante indicando que es *reflectiva*. Ello es refrendado en esta disposición. Por ende, en este respecto, el T-MEC es reiterativo de lo que ya establece la materia.<sup>31</sup>

Tercero, el párrafo 4 dice:

el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta

El paso sin duda dará mucho de qué discutir. Toca la cuestión de “expectativas legítimas”, el cual es uno de los temas que ha generado debate y dividido a expertos, practicantes y Estados. Mientras que algunos consideran que el concepto es una elucubración proveniente de demandantes creativos, otros consideran que el que el derecho internacional tutele una expectativa cuando legítima no es extraño. La noción tiene parangones en otras áreas, como “*detrimental reliance*” en el *common law* de los contratos y “conducta contradictoria” o “teoría de los actos propios” en derecho civil, ambos derivados del concepto jurídico “buena fe” como deber implícito en los contratos. El que el derecho internacional contemple un concepto afín no debe extrañar.

El debate persiste, y desarrollos recientes brindan a ambos bandos elementos para continuar la discusión. Se trata por ende de uno de los “grandes debates” de nuestra materia.

Finalmente, los párrafos 1(a)(i)(A) y 1(b)(i)(A) del artículo 14.D.3 parecen excluir la posibilidad de demandar por violación a nivel mínimo de trato. De ser ello la interpretación correcta, ello sería una *regresión lamentable*. Una de las áreas de más aplauso de esta materia es el haber extendido la protección del trato mínimo, incluyendo justo y equitativo, que el derecho internacional general había exigido de otras áreas, a esta materia. Y mientras que algunos habían mostrado preocupación sobre qué significa “trato mínimo, justo y equitativo, acorde a derecho internacional”, especialmente a la luz de reclamaciones en casos delicados, lo cierto es que las condenas como regla no habían actualizado la preocupación. El que se haya extirpado del ámbito de acción en arbitraje de inversión es por ende injustificado. Un retroceso.

#### D. EXPROPIACIÓN

---

<sup>31</sup> Lo mismo puede decirse sobre el párrafo 2(b) respecto de “protección y seguridad” y el párrafo 3: el primero hace eco de derecho internacional, no añade más. El segundo esclarece que se trata de una disciplina autónoma.

La expropiación es el tema clásico de esta materia. Es el que tradicionalmente más atención ha atraído, aunque no sea el que motive hoy en día el mayor número de reclamaciones. Los textos de cada tratado establecen:

| TLCAN  | T-MEC   |
|--|---|
| <p>Artículo 1110 <b>Expropiación</b></p> <p>1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) por causa de utilidad pública;</li> <li>(b) sobre bases no discriminatorias;</li> <li>(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y</li> <li>(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.</li> </ul> <p>2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.</p> <p>3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.</p> <p>4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.</p> <p>5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa</p> | <p>Artículo 14.8 <b>Expropiación</b></p> <p>Este Artículo se interpretará de conformidad con el Anexo 14-B (Expropiación).</p> <p>1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación), salvo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) por causa de utilidad pública;</li> <li>(b) de una manera no discriminatoria;</li> <li>(c) mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2, 3 y 4; y</li> <li>(d) de conformidad con el debido proceso legal.</li> </ul> <p>2. La indemnización:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) será pagada sin demora;</li> <li>(b) será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes que la expropiación se haya llevado a cabo (fecha de la expropiación);</li> <li>(c) no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y</li> <li>(d) será completamente liquidable y libremente transferible</li> </ul> <p>3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.</p> <p>4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de pago – no será inferior a:</p> |

comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

(a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertido a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha; más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Para mayor certeza, si una acción o serie de acciones de una Parte constituyen una expropiación se determinará de conformidad con el párrafo 1 de este Artículo y el Anexo 14-B (Expropiación).

6. Este artículo no aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Acuerdo ADPIC o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Capítulo 20 (Derechos de Propiedad Intelectual) y con el Acuerdo ADPIC.

## **ANEXO 14-B EXPROPIACIÓN**

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfieran con un derecho de propiedad tangible o intangible<sup>32</sup> o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

2. El Artículo 14.8.1 (Expropiación y Compensación) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho del dominio.

3. La segunda situación abordada por el Artículo 14.8.1 (Expropiación y Compensación) es la expropiación indirecta, en donde un acto o serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

---

<sup>32</sup> Para mayor certeza, la existencia de un derecho de propiedad se determina con referencia al ordenamiento jurídico de una Parte.

(a) La determinación de si un acto o serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido,
- (ii) la medida en que el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión,<sup>33</sup> y
- (iii) el carácter del acto gubernamental, incluidos su objeto, contexto e intención;

(b) Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales.

Como puede observarse, existen cambios. Dividiré el comentario sobre los mismos en tres: (1) definición, (2) su implicación en términos generales, y una breve evaluación (3).

## 1. Definición

La definición de expropiación ha sido actualizada, más no modificada. Mientras que el TLCAN reflejaba la noción hasta entonces internacionalmente aceptada, el T-MEC la ha actualizado. Tres cuestiones son dignas de mención:

- (1) *Distingue* entre expropiación directa e indirecta. Deja claro que, mientras que la expropiación *directa* consiste en la transferencia del título o derecho sobre la inversión, la *indirecta* consiste en:

un acto o serie de actos de una Parte [que] tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio

---

<sup>33</sup> Para mayor certeza, si las expectativas de un inversionista respaldadas por una inversión son razonables depende, en la medida que sea relevante, de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial de regulación gubernamental en el sector pertinente.

- (2) *Depura* los elementos a tomar en cuenta para determinar la existencia de una expropiación *indirecta*, mismos que enumera ejemplificativamente:
- (a) El impacto económico, dejando claro que un mero efecto adverso sobre el valor económico de la inversión no es suficiente para concluir que se está en presencia de una expropiación indirecta;
  - (b) El que interfiera con expectativas “inequívocas y razonables”, indicando al respecto que:
    - si las expectativas de un inversionista respaldadas por una inversión son razonables depende, en la medida que sea relevante, de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial de regulación gubernamental en el sector pertinente.
  - (c) El carácter del acto gubernamental, incluyendo su objetivo, contexto e intención.
- (3) *Toca* el tema de expropiación regulatoria indicando que:

Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales.

Ello es una expresión tautológica del estado actual del concepto ‘expropiación regulatoria’: uno de los temas que más preocupación y diatriba había atraído.<sup>34</sup>

## 2. Reiteración

Si hay una palabra en la cual puede resumirse el cambio normativo es “reiteración”. Más que una *modificación*, se observa una *cristalización* del derecho existente. Se trata de un régimen escrito que *reitera* derecho no-escrito, consuetudinario: el derecho internacional general. El paso no es criticable, pero sí comunica que los negociadores del T-MEC estuvieron atentos a las críticas existentes al arbitraje de inversión.

## 3. Evaluación

Dividiré mi comentario en dos partes: sus implicaciones sustantivas y las procesales.

---

<sup>34</sup> Abordo el tema en “EXPROPIACIÓN REGULATORIA: ¿CUÁNDO LA LEY VA DEMASIADO LEJOS? UN ENSAYO SOBRE LA NOCIÓN DE ‘EXPROPIACIÓN REGULATORIA’, INCLUYENDO LA CONFUSIÓN Y PREOCUPACIÓN QUE HA GENERADO”, en *ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIÓN EN EL SECTOR ENERGÉTICO EN AMÉRICA LATINA*”, David Enriquez y Francisco González de Cossío (eds.), Tirant Lo Branch, Mexico, 2020.

En lo sustantivo, la transición del régimen de expropiación del TLCAN al T-MEC no debe preocupar. De hecho, bien puede aplaudirse. El reiterar lo que ya estaba implícito en el régimen existente deriva de preocupaciones que han existido.<sup>35</sup> Si con esta especificación la preocupación se aminora o desaparece, el paso es digno de encomio. Y no es el primer tratado que lo hace. Un puñado de tratados de inversión habían dado el mismo paso.

En lo procesal, los párrafos 1(a)(i)(B) y 1(b)(i)(B) del artículo 14.D.3 parecen excluir la posibilidad de demandar por expropiación indirecta. De ser ello la interpretación correcta, ello sería una *regresión lamentable*. Una de las áreas de más aplauso de esta materia es el haber desarrollado el concepto de expropiación indirecta, extendiendo protección por ello. Si la interpretación que se le debe dar a esta disposición es que se hizo una exclusión (un “*carve-out*”), se habrá desaparecido de un plumazo un área de progreso; de desarrollo progresivo del derecho internacional.

Como resultado, la (rica, atinada e interesante) jurisprudencia sobre interferencias que priven sustancialmente de valor una inversión se habrá hecho inaplicable. Resultado: conforme al T-MEC —a diferencia del TLCAN— un Estado puede interferir en una inversión privándola de valor sin que el inversionista pueda evocar a su favor la protección del Derecho internacional. *Retroceso por excelencia*.

#### E. PROTECCIÓN

El artículo 1105.1 del TLCAN establece:

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como *protección y seguridad plenas*.

(énfasis añadido)

El artículo 14.6.1 del T-MEC dice:

Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, y *protección y seguridad plenas*.

(énfasis añadido)

El texto resaltado en ambos es idéntico. No puede por ende reportarse progreso ni retroceso.

#### F. CONTRATOS DE GOBIERNO CUBIERTOS

---

<sup>35</sup> Explico y comento dichas preocupaciones en *El Arbitraje en los Tiempos del Cólera* (Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 42, México 2018, p. 111) y *El Llano en Llamas: Futuro del Arbitraje de Inversión* (Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 43, México 2019, p. 657).

Uno de los grandes cambios entre el TLCAN y el T-MEC en materia de inversión es la existencia de un régimen sobre “Contratos de Gobierno Cubiertos”. Se trata de un régimen especial, de excepción, respecto del régimen general de protección a la inversión. Lo comentaré en tres partes: aplicabilidad, diferencias y una (breve) evaluación.

## 1. Aplicabilidad

El régimen de ‘*Contratos de Gobierno Cubiertos*’ aplica cuando se reúnen los siguientes requisitos:<sup>36</sup>

- (a) **Contato por escrito** entre el inversionista (o la empresa por la que demanda) y una autoridad nacional, cuando es conforme a dicho contrato que ocurre la inversión.
- (b) **Sectores:** respecto de los siguientes sectores: petróleo, gas natural, generación de energía, telecomunicación, transporte público, caminos, vías ferroviarias, puentes o canales.
- (c) **Competencia:** que el demandante (o la empresa de su propiedad o bajo su control por la cual demanda) esté involucrado en actividades en el mismo sector en el que participa una empresa de la demandada.

## 2. Diferencias

El régimen de solución de controversias aplica a los Contratos de Gobierno Cubiertos, con los siguientes ajustes:

- (1) **Materias/Trato:** la reclamación puede enderezarse por (i) violación a una de las normas protectoras a la inversión que contempla el capítulo 14 del T-MEC que (ii) haya generado daños y perjuicios como resultado de la violación, (iii) con los siguientes matices:
  - (a) En términos generales, sólo puede demandarse por violación a las siguientes garantías:<sup>37</sup>
    - (i) Trato Nacional (Artículo 14.4 del T-MEC)
    - (ii) Trato de Nación más favorecida (artículo 14.5 del T-MEC)
    - (iii) Expropiación (Artículo 14.8 del T-MEC), salvo expropiación indirecta

---

<sup>36</sup> Artículo 6 del Anexo 14-E del T-MEC.

<sup>37</sup> Párrafo 1(a) y 1(b) del Artículo 14.D.3, Anexo 14-D del T-MEC.

- (b) Respecto de Contratos de Gobierno Cubiertos, puede demandarse el que la se ha violado “cualquier obligación conforme [al] capítulo [14]”.<sup>38</sup>
- (c) Para Contratos de Gobierno Cubiertos la protección de Trato de Nación Más Favorecida está matizada: excluye disposiciones en otros acuerdos de inversión o comerciales que establecen procedimientos de solución de controversias internacionales o imponen obligaciones sustantivas.<sup>39</sup>

Como puede observarse, el régimen es extraño—posiblemente contradictorio. Habrá que ver cómo es interpretado y aplicado en la praxis.

- (2) **Prescripción:** la prescripción es inferior a la del resto del capítulo 14: 3 años.<sup>40</sup>
- (3) **Periodo de espera:** el periodo “de enfriamiento” (el *cooling-off period*) es de seis meses.<sup>41</sup>
- (4) **Terminación:** existe una disposición especial sobre terminación de contratos: en caso de ser contrarios a las garantías de protección, se considerará como si continuara siendo parte del contrato como si nunca se hubiera dado por terminado.<sup>42</sup>
- (5) **Nacionalidad continuada:** se establece una regla expresa sobre un tema espinoso y que ha causado debate, confusión y fallos cuestionables: el demandante debe ser propietario (o controlador de la empresa por la cual se demanda) en la fecha de la violación y fecha en que la reclamación es sometida al arbitraje.

### 3. Evaluación

El régimen es extraño—criticable inclusive. En esencia, significa que, cuando la inversión verse sobre una materia de servicio público, el inversionista tiene menos protección.<sup>43</sup> El mensaje que manda es lamentable: existe más riesgo cuando contratas con el gobierno. ¿No debería ser al revés?

El pie de página 34 parece excluir actos unilaterales como permisos, licencias, decretos y órdenes administrativas. Ello probablemente tiene en mente los casos en los cuales se determinó la existencia de responsabilidad internacional del Estado por

---

<sup>38</sup> Párrafos 2(a)(i) y 2(b)(i) del Anexo 14-E del T-MEC.

<sup>39</sup> Pie de página 30, que versa sobre los conceptos por los cuales se puede demandar.

<sup>40</sup> Párrafo 4(b) del Anexo 14-E del T-MEC

<sup>41</sup> Párrafo 4(a) del Anexo 14-E del T-MEC.

<sup>42</sup> Párrafo 3 del Anexo 14-E del T-MEC.

<sup>43</sup> Sin embargo, la dignidad de la crítica exige discernir la (aparente) contradicción apuntada respecto de las violaciones por las cuales puede demandarse: Párrafo 1(a) y 1(b) del Artículo 14.D.3 del T-MEC *vs* párrafos 2(a)(i) y 2(b)(i) del Anexo 14-E del T-MEC.



violaciones al trato prometido respecto de inversión respaldada por permisos (*Tecmed v México*,<sup>44</sup> *Waste Management v México*<sup>45</sup>). Aunque el paso detona dudas en cuanto a su alcance, el ánimo de reducir el manto de protección del derecho de internacional es lamentable. Existe mucha actividad económica deseable que ocurre alrededor, o al amparo, de actividad administrativa que no necesariamente se documenta en “acuerdos por escrito”, como indica el artículo 6(d) del Anexo 14-E, y que es digna de tutela. El que ello se descubiere es un desacierto. Un retroceso.

#### IV. CONCLUSIÓN

¿Qué conclusión puede derivarse de todo lo anterior? Propondría una respuesta mixta:

1. Sustantivamente: progreso.
2. Procesalmente: progreso y retroceso.
3. Epistemologicamente: retroceso.

*Sustantivamente*, la expresión actual de las disciplinas y otros temas involucrados en esta materia refleja aprendizaje. Recolección y asimilación de lecciones arrojadas por lo vivido en el escenario mundial desde 1994. Ello merece aplauso.

El T-MEC en su totalidad es un tratado comercial más ‘maduro’. Contiene disposiciones diversas que, para el conocedor de derecho de la inversión y del derecho comercial internacional asoman un ejercicio de tomar conocimiento de las lecciones aprendidas durante las últimas tres décadas, que han sido activas en la materia. Ello es encomiable. La observación aplica tanto al T-MEC en general como su capítulo de inversión (capítulo 14) en particular.

*Procesalmente*, es grato observar pasos diversos que colman dudas y cuestionamientos respecto del arbitraje de inversión. Ejemplifican la aseveración el *amicus curiae* y la transparencia. Existe sin embargo retroceso en algunos temas como *double-batting*. A su vez, el que posiblemente se reste derecho de acción para reclamar por trato mínimo y expropiación indirecta *es el retroceso más grande de todo este nuevo régimen*: se trata de las disciplinas que más habían ampliado el manto de protección del derecho internacional respecto de la inversión. Materias que, correctamente entendidas, lograban propósitos plausibles; y en los cuales el arbitraje de inversión había tenido el mérito de propiciar desarrollo progresivo. El que de un plumazo se hayan posiblemente eliminado constituye uno de esos retrocesos que anticipo que en el futuro se comentarán con

---

<sup>44</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), laudo de 29 de mayo de 2003.

<sup>45</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2), laudo de 2 de junio de 2000.

indignación. Querrán decir que el Estado puede no tratar ‘acorde a derecho internacional, justa y equitativamente’ una inversión, y no hay nada que se pueda hacer. Que se puede interferir con una inversión, restándole sustancialmente valor, y no habrá tutela sobre ello. Todo esto nos lleva a la tercera conclusión: la epistemológica.

*Gnoseológicamente* lamento reportar retroceso serio. Es cierto que la materia del Derecho internacional de la inversión es políticamente difícil. Un frente ideológico de batalla que, desde antaño, ha obstaculizado llegar a *una opinio iuris* generalizada. Desde el debate intelectual observable en los orígenes de la materia, las teorías adoptadas tanto por países exportadores de capital<sup>46</sup> como los importadores de capital,<sup>47</sup> y pasando por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas de los años sesenta y setenta,<sup>48</sup> se observa cómo, lejos de converger, las posturas se han apartado – atrincherado inclusive. Ante ello, la utilidad de los tratados de inversión es que puentean un vacío —una área de indefinición— del derecho internacional que obstaculiza progreso. Eso es lo que incentiva el fenómeno del flujo de capital internacional: progreso. Para que ocurra sin embargo se necesita certeza jurídica. Seguridad que el capital, una vez vertido, no será apropiado. Que no será tratado por debajo de umbrales internacionalmente aceptados. Que la promesa de Estado de Derecho se cumplirá. Como resultado, se procura un escenario ganar-ganar. Ello es lo que enseña la historia, la experiencia y el análisis económico.

Hemos olvidado lo anterior. La ira ha nublado el buen juicio. Ha hecho olvidar las lecciones que la historia nos ha enseñado—de allí que cite el pensamiento de León Felipe al inicio de este artículo: *¡Qué pena!* No solo por que alude con elocuencia al (frustrante) fenómeno de la repetición de la historia y el sufrimiento innecesariamente reiterado por los mismos errores. Sino además por el título: *¡Qué Pena!*

*Eso* es lo que debemos sentir: **pena**.

**Pena** por que más puede el ignorante que habla fuerte, que el letrado que dialoga moderado. **Pena** porque más éxito tiene el oportunista que el idealista. **Pena** de ver cómo gente que sabe, que ha tenido la oportunidad de estudiar, de aprender, y debería

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, la formula Vatteliana; la formula Hull.

<sup>47</sup> Cláusula Calvo, Doctrina Drago y la Doctrina Cárdenas.

<sup>48</sup> Resolución 1515 (XV) *Concerted Action for Economic Development of Economically Less Developed Countries (Acción concertada en pro del desarrollo económico de los países económicamente poco desarrollados)* del 15 de diciembre de 1960; Resolución 1803 (XVII) *Permanent Sovereignty Over Natural Resources (Soberanía permanente sobre los recursos naturales)* del 14 de diciembre de 1962; Resolución 2200A (XXI) *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* del 16 de diciembre de 1966; Resolución 3171 (XXVIII) *Sovereignty Over Natural Resources (Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales)* del 17 de diciembre de 1973; Resolución 3201 (S-VI) *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (La Declaración Sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional)* del 1 de mayo de 1974; Resolución 3281 (XXIX) *Charter of Economic Rights and Duties of States (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados)* del 12 de diciembre de 1974.

*entender*, se deja llevar por palabrería que sabe equivocada por el sencillo hecho que le conviene *en ese momento*.

¿Estamos en verdad condenados a revivir la historia? A sentir lo mismo que deplora León Felipe:

*¿Quién lee diez siglos en la Historia y no la cierra al ver las mismas cosas  
siempre con distinta fecha?*

¿De veras? ¿En verdad no sirve de nada estudiar; documentar la historia; escribir libros sobre lo que pasa cuando se hacen ciertas cosas?

Se observa un menguado deseo de construir, respetar y utilizar instituciones jurídicas internacionales. De recular la (loable) tendencia de las últimas tres décadas de hacer crecer la teoría de la responsabilidad internacional del Estado; y asumirla cuando sea procedente. El paso es lamentable, pues es retroceso. Y los motivos no lo justifican: es cierto, han existido demandas internacionales delicadas. También es cierto que *algunas* son exageradas. Pero no puede (validamente) decirse que el resultado ha sido errado. Que el sistema no funciona. Que es inherente y totalmente defectuoso: las demandas exageradas han sido rechazadas. Y los casos que debieron generar responsabilidad así lo han hecho.<sup>49</sup> Los yerros existen por que el sistema perfecto no existe—y, dicho sea de paso, se observan de ambos lados: no solo de (algunos) laudos que no debieron condenar, sino de laudos que debieron condenar. Por ende, una evaluación *madura* tendría que concluir que mucha crítica es exagerada, además de injustificada. Si no obstante lo anterior existe una embestida mundial en contra del arbitraje de inversión es por que algunos han cambiado su predisposición respecto de la posibilidad de ser hechos responsables. Ello pasa por alto el valor que confiere esta disciplina: el beneficio que resultado del sencillo hecho que existe un foro dónde ventilar problemas y decidirlos en base a principios: el arbitraje de inversión. Esto es lo que no debe olvidarse cuando se viva la presión detonada por casos sensibles.

Hago un enérgico llamado a reconsiderar. Estamos dejando a nuestros hijos un mundo menos mejorado —con menos progreso— del que recibimos. La siguiente generación nos lo recriminará —si es que vive para documentarlo. No es exageración: el cambio climático es una realidad **catastrófica**. Lo ignoramos a nuestro riesgo.

¿Su relevancia con nuestro tema? La solución al problema del cambio climático requiere instituciones jurídicas del género del arbitraje de inversión. Sin ellos, no lograremos combatir lo que varios han con tino llamado el problema más grande de la historia de la humanidad. Tal, que todos debemos colaborar. *Todos*. Nadie se salva. Se trata de un problema de acción colectiva; uno que no puede vencerse si menos de la totalidad cooperamos.

---

<sup>49</sup> Inclusive hay espacio para argumentar que han ocurrido con menos frecuencia del que deberían.

El arbitraje de inversión es una de las muchas instituciones que la época de decadencia que estamos viviendo ha cuestionado. El arbitraje de inversión es una materia emocionante que resuelve un dilema profundo y acendrado en nuestro orden jurídico internacional. Dicha materia es frecuentemente mal-entendida por comentaristas diversos, algunos prestos a confeccionar teorías de conspiración que son falsas y que dividen. Que eliminan aquello que necesitamos para crear instituciones que fomentan progreso: voluntad para cooperar. Ello ha contaminado la predisposición general respecto del arbitraje de inversión, poniendo en interrogación el que siquiera deba existir.

Qué fácil olvidamos la historia. Qué fácil desconocemos las lecciones que hemos aprendido después de observar las cosas que ocurren cuando un régimen sucumbe a ciertas tentaciones. Qué fáciles son ciertas personas quienes, cuando conviene, hacen uso de retórica populista para transmitir ideas que sabemos que son incorrectas.

Si algo necesita la sociedad mundial del futuro es más, no menos, derecho internacional. El arbitraje de inversión lo logra: lleva el Derecho internacional a espacios donde de otra manera no llegaría. Es un instrumento que da credibilidad a las promesas de los soberanos en aras de atraer capital para oxigenar áreas que lo requieren. Ello propicia progreso.

La dicotomía Estado/Mercado es falsa. El Estado tiene la responsabilidad social *inter alia* de procurar progreso. El Sistema de Mercado puede ayudarle: es en esencia un medio donde se conjuga una fuerza social. El motor de dicha fuerza social lo son los escenarios ganar-ganar. Un líder experimentado y bien-intencionado debe utilizarlo para lograr sus fines (propiciar progreso) canalizándola a las áreas que considera que requieren atención. De hacerlo, verá florecer puentes, carreteras, presas, edificios. Observará cómo desiertos se convierten en espacios verdes; cómo pueblos devienen ciudades; cómo la necesidad se transforma en abundancia.

Esa es la magia del mercado: *nos conviene a todos*. Lo malentendemos y atacamos en nuestro detrimento.